



# NORGES HØYESTERETT

Den 9. oktober 2009 avsa Høyesterett dom i

**HR-2009-01932-A, (sak nr. 2009/459), sivil sak, anke over dom,**

Puvaneswaran Jegatheeswaran

(advokat Erik Kr. Gundersen)

mot

Staten v/Utlendingsnemnda

(Regjeringsadvokaten  
v/advokat Kine E. Steinsvik – til prøve)

## S T E M M E G I V N I N G :

- (1) Dommer **Stabel**: Saken gjelder gyldigheten av Utlendingsnemndas vedtak om ikke å omgjøre avslag om opphold på humanitært grunnlag for en enslig mindreårig gutt. Det rettslige spørsmål er særlig betydningen av en generell uttalelse fra FNs barnekomité om vektleggingen av barnets beste i slike saker.
- (2) Puvaneswaran Jegatheeswaran, kalt Ashok, er født 16. mars 1993. Han er tamil fra Sri Lanka. Han kom til Norge alene i september 2002 og ble registrert som asylsøker 13. september 2002. Ifølge søknadsskjemaet hadde han forlatt Sri Lanka ca. ett år tidligere, og deretter oppholdt seg i Malaysia. Han hadde reist med fly til Paris sammen med en tante, og derfra tatt buss til Norge. I asylintervjuet 14. oktober 2002 opplyste han at han kom fra landsbyen Kilinochchi på Sri Lanka, der han hadde bodd sammen med sin mor, far og to yngre søsken. Han opplyste videre at han hadde en onkel og sin mormor (egentlig mormorens søster) i Norge.
- (3) Utlendingsdirektoratet avsto asylsøknaden 15. september 2003. Direktoratet fant at utlendingsloven § 15 ikke var til hinder for retur, og at det ikke forelå sterke menneskelige hensyn som kunne gi grunnlag for opphold på humanitært grunnlag etter

utlendingsloven § 8 annet ledd. Ashok klaget til Utlendingsnemnda (UNE), som opprettholdt avgjørelsen ved vedtak 27. februar 2004. Vedtaket ble truffet av nemndsleder alene. Nemnda viste til opplysninger om at Ashoks mor og to mindre søsken oppholdt seg på kjent adresse i Colombo, og at moren ville hente ham der ved retur til Sri Lanka. Nemndsleder fant derfor ikke at avslaget var i strid med barnekonvensjonen.

- (4) Det første året i Norge bodde Ashok hos onkelens familie. I august 2003 flyttet han til Lørenskog til en tamilsk fosterfamilie av srilankisk opprinnelse. Han reiste ikke frivillig tilbake til Sri Lanka etter nemndsvedtaket, og ble heller ikke forsøkt uttransportert. Den 13. september 2004 begjærte han omgjøring av UNEs vedtak. Han gjorde gjeldende at tilbakeføring ikke var mulig, fordi moren befant seg på ukjent sted. Nemnda, ved nemndsleder, avsto begjæringen 24. september 2004. Nemnda viste til at morens foreldre hadde kjent adresse i Colombo, og at hun ville kunne hente ham der. Den 20. januar 2005 fremsatte Ashok ny omgjøringsbegjæring, denne gang med opplysninger om at moren og besteforeldrene var blitt uvenner, at disse ikke lenger ville ta seg av ham, og at bestefaren var alkoholisert.
- (5) UNE traff 30. august 2005 nytt vedtak om ikke å omgjøre det opprinnelige avslaget. Saken ble denne gang behandlet i nemndsmøte med personlig fremmøte. En samlet nemnd la til grunn at moren holdt seg skjult for å øke Ashoks muligheter for opphold i Norge. En samlet nemnd mente videre at innvandringspolitiske hensyn, herunder den negative effekten av å gi en tillatelse, måtte veie tungt i saken. Nemndas flertall uttalte likevel at mye talte for at det var til Ashoks beste å bli gjenforent med sin familie på Sri Lanka. Mindretallet – ett nemndsmedlem – var i utgangspunktet enig, men la avgjørende vekt på usikkerheten med å lykkes med en tvangsretur.
- (6) Utsendelsen av Ashok trakk fortsatt ut. Den 21. mars 2006 sendte han nok en omgjøringsbegjæring. UNE avsto søknaden 24. mai 2006. Ashok ble deretter sendt tilbake til Sri Lanka. Han ble møtt av sin mormor, og ble boende hos henne og morfaren. Det er opplyst at familien nå har flyttet til det sørlige India. Ashok bodde først hos en tante og onkel der, men har etter hvert begynt på internatskole. Mormoren og morfaren bor et annet sted i området.
- (7) Lørenskog kommune hadde hele tiden engasjert seg sterkt i Ashoks sak. En delegasjon fra kommunen besøkte ham på Sri Lanka i februar 2007. Etter besøket ble det 30. mars 2007 fremsatt nok en omgjøringsbegjæring. UNE opplyste i brev av 4. mai 2007 at begjæringen ikke kan realitetsbehandles når asylsøkeren ikke oppholder seg i Norge.
- (8) Ashok ved verge tok 21. juni 2007 ut stevning for Oslo tingrett med påstand om at beslutningene 24. mai 2006 og 4. mai 2007 var ugyldige. Ved Oslo tingretts dom 1. februar 2008 ble staten frifunnet. Tingretten fant at det ikke var til Ashoks beste å få bli i Norge når han, så lenge han ikke hadde krav på asylstatus, ikke kunne påregne gjenforening med sin mor og øvrige familie her. Dommen hadde slik domsslutning:
- ”1.        **Staten v/Utlendingsnemnda frifinnes.**
2.        **Hver av partene bærer sine omkostninger.”**
- (9) Ashok anket dommen til Borgarting lagmannsrett, som ved dom 22. desember 2008 forkastet anken. Lagmannsretten fant ikke å kunne prøve forvaltningens konkrete avveining av hva som var ”sterke menneskelige hensyn”, og konkluderte derfor heller

ikke når det gjaldt hva som ville vært til barnets beste. Lagmannsretten var imidlertid enig med UNE i at barnekonvensjonen ikke i seg selv ga rett til opphold. Dommen har slik domsslutning:

”1. Anken forkastes.

2. Partene bærer hver sine saksomkostninger for lagmannsretten.”

- (10) Ashok har anket lagmannsrettens dom til Høyesterett. Anken gjelder lovanvendelsen og saksbehandlingen.
- (11) Det er fremlagt et internt fagnotat fra UNE datert 16. mars 2006 og forklaringer ved privat bevisopptak av to vitner med kjennskap til Ashok fra tiden han gikk på skole i Lørenskog og fra landrådgiver med særlig ansvar for Sri Lanka i UNE Landinfo, Geir Aage Neerbye. Saken står ellers i samme stilling som for lagmannsretten.
- (12) *Puvaneswaran Jegatheeswaran* – Ashok – har i korte trekk gjort gjeldende:
- (13) UNEs vedtak er ugyldig fordi det strider mot barnekonvensjonen artikkel 3 om barnets beste. Konvensjonen er inkorporert i norsk lov ved menneskerettsloven og har forrang ved motstrid. Selv om bestemmelsen etter ordlyden ikke angir barnets beste som eneste og avgjørende kriterium i alle saker, følger det av tolkingsuttalelse fra FNs barnekomité at hensynet skal ha avgjørende vekt ved spørsmål om retur av enslige mindreårige asylsøkere. Høyesterett har i tidligere avgjørelser tillagt uttalelser av denne typen stor vekt, jf. Rt. 2008 side 513 og Rt. 2008 side 1764. At komitéen ikke behandler enkeltklager er ikke avgjørende. Også de generelle kommentarer – General comments – må betraktes som tolkingsuttalelser på linje med avgjørelser fra EMD og uttalelser fra FNs menneskerettskomité. Uttalelsen har vært kjent siden 2006, og Norge har ikke på noe tidspunkt gitt uttrykk for uenighet, eller bedt om en ny vurdering.
- (14) Kommentarens punkt 86 sier uttrykkelig at det ikke er anledning til å returnere barn under henvisning til innvandringspolitiske hensyn – barnets beste skal være det eneste kriteriet. Det samme følger av punkt 83. Det foreligger ingen tungtveiende hensyn mot at uttalelsen skal følges av norske myndigheter. Uttalelsen er klar, og kom som ledd i et grundig forberedt arbeid. Også i intern norsk rett står barnets beste sterkt. For enslige mindreårige asylsøkere har praksis vært at de får bli, når retur ikke er til deres eget beste.
- (15) Myndighetenes tilnærming ved å ville demme opp for såkalte ankerbarn er forfeilet. Formålet i slike saker er å sikre familiegjening med foreldrene senere. Dette avverges ved at det ikke gis automatisk samtykke i andre tilfelle enn der barnet selv har krav på asylstatus, slik praksis også er i dag. Ashoks sak er dessuten spesiell: Han er ikke et ”ankerbarn” – hans nærmeste familie er fortsatt ikke oppsporet. Det er dessuten en sjeldenhet at et barn har opphold i landet i så lang tid som tre år og åtte måneder før retur, som i denne saken.
- (16) Subsidiært er det gjort gjeldende at vedtaket ikke er tilstrekkelig begrunnet. Nye opplysninger om forholdene i Sri Lanka, særlig om besteforeldrenes omsorgsevne- og vilje er ikke vurdert. Vedtaket bygger også på feil faktum, både når det gjelder besteforeldrene og når det gjelder antakelsen om at moren ville komme tilbake. Det er også uklart om nemnda mener det var til Ashoks beste å bli sendt tilbake. Høyesterett må ha full kompetanse til å prøve barnets beste i henhold til barnekonvensjonen, og dermed

den skjønsmessige avveiningen etter utlendingsloven § 8 annet ledd.

- (17) Puvaneswaran Jegatheeswaran har nedlagt slik påstand:
- ”1. UNEs beslutning av 24.05.06 er ugyldig.
  2. Ankende part tilkjennes saksomkostninger for tingrett og lagmannsrett.”
- (18) *Staten v/Utlendingsnemnda* har i korte trekk gjort gjeldende:
- (19) Det følger av barnekonvensjonen § 3 at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn. Det ble bevisst tatt det standpunkt at hensynet ikke alltid skulle være eneste og avgjørende. FNs barnekomité har ikke kompetanse til å behandle enkeltklager, og en generell uttalelse derfra kan ikke tillegges samme betydning som en uttalelse fra FNs menneskerettskomité. Uttalelsene har mer preg av å være veiledende, og har ofte som formål å sette standard for god praksis. Videre oppfølging må eventuelt skje ved lovgivning.
- (20) Komitéens uttalelser kan isolert se ut som den gir barn rett til opphold i vertslandet ut fra en ren vurdering av hva som er til deres beste. Dette er et klart avvik av hva som ellers følger av konvensjonens artikkel 3. Det har formodningen mot seg at dette har vært komitéens mening. En full avskjæring av adgangen til å ta innvandringspolitiske hensyn vil kunne være til skade for barn som gruppe, ved at foreldre stimuleres til å sende sine barn ut som ”ankerbarn”. Dette er ikke til barns beste.
- (21) Bemerkningene kan heller ikke forstås slik. Uttalelsen presiserer at gjenforening med familien generelt er til barnets beste, og at statenes forpliktelse primært er å oppspore foreldre eller annen familie i hjemlandet. Først når dette ikke er mulig, skal hensynet til barnets beste kunne være til hinder for hjemsending. Verken barnekonvensjonen eller komitéen legger opp til en ordning der barnets beste skal vurderes uavhengig av hvor familien er.
- (22) En slik forståelse av komitéens uttalelse er ikke lagt til grunn i noe medlemsland. Til tross for at statene rapporterer til komitéen, og også omtaler sin behandling av enslige mindreårige asylsøkere, har det ikke kommet tilbakemeldinger fra komitéen om konvensjonsstrid.
- (23) Kravet til begrunnelse må ses i sammenheng med den begrensede kompetansen UNE har ved omgjøringsbegjæringer, jf. utlendingsloven § 38c første ledd. Det er tilstrekkelig å vurdere nye opplysninger som kan ha betydning for omgjøringsadgangen, og ellers vise til tidligere vedtak. Det foreligger ikke feil i det faktiske grunnlaget. Det var riktig å legge til grunn at besteforeldrene ga en forsvarlig omsorgsbasis, eventuelt midlertidig inntil moren dukket opp. Høyesterett har ikke kompetanse til å prøve den konkrete interesseavveiningen, heller ikke hva som er barnets beste isolert sett.
- (24) *Staten v/Utlendingsnemnda* har nedlagt slik påstand:
- ”Anken forkastes.”

- (25) *Jeg er kommet til at anken ikke fører frem.*
- (26) Det sentrale spørsmålet i saken er om barnekonvensjonen artikkel 3 sammenholdt med utlendingsloven § 4 og menneskerettsloven §§ 2 og 3 medfører at enslige mindreårige asylsøkere har rettskrav på opphold i Norge i tilfeller hvor slikt opphold finnes å være til barnets beste. Spørsmålet vil avhenge av om en uttalelse fra FNs barnekomité, avgitt i en General comment fra 2005, kan forstås på denne måten, og hvilken rettskildevekt denne eventuelt skal ha.
- (27) På det tidspunktet UNE traff sitt vedtak, var adgangen til å omgjøre vedtak regulert av utlendingsloven § 38c, som lød slik:
- ”Et gyldig nemndvedtak kan utlendingsnemnda bare omgjøre til gunst for utlendingen dersom det foreligger omstendigheter som nevnt i utlendingsloven § 15 første ledd eller særlig sterke menneskelige hensyn eller dersom omgjøring er nødvendig som følge av internasjonale regler Norge er bundet av.”**
- (28) Ashok gjør gjeldende at barnekomitéens uttalelse er en tolkingsfaktor av slik vekt at barnekonvensjonen artikkel 3 med nødvendighet må føre til at vedtaket skulle vært omgjort.
- (29) Barnekonvensjonen artikkel 3 lyder i norsk oversettelse slik:
- ”1. Ved alle handlinger som berører barn, enten de foretas av offentlige eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.**
- 2. Partene påtar seg å sikre barnet den beskyttelse og omsorg som er nødvendig for barnets trivsel, idet det tas hensyn til rettighetene og forpliktelsene til barnets foreldre, verger eller andre enkeltpersoner som har det juridiske ansvaret for ham eller henne, og skal treffe alle egnede, lovgivningsmessige og administrative tiltak for dette formål.**
- 3. Partene skal sikre at de institusjoner og tjenester som har ansvaret for barns omsorg eller beskyttelse, retter seg etter de standarder som er fastsatt av de kompetente myndigheter, særlig med hensyn til sikkerhet, helse, personalets antall og kvalifikasjoner samt kvalifisert tilsyn.”**
- (30) Den sentrale bestemmelsen er første ledd, at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn – i originalversjonen på engelsk ”the best interests of the child shall be a primary consideration”.
- (31) Uttrykket ”a primary consideration” innebærer rent språklig at hensynet til barnets beste ikke er det eneste, og heller ikke alltid det avgjørende hensynet i saker som berører barns interesser. Dette bekreftes også av konvensjonens forarbeider. Opprinnelig ble det i 1978 fra polsk side fremsatt et forslag der barnets beste skulle være ”the paramount consideration” – det viktigste eller styrende hensynet.
- (32) Under høringen ble det fra USA i stedet foreslått ”a primary consideration”. Under menneskerettskomitéens diskusjon i 1981 kom det frem at flere delegater mente det polske forslaget var for vidtrekkende. Det ble påpekt at statene kunne ha tilsvarende høyverdige interesser som måtte kunne tas i betraktning. Komitéen sluttet seg derfor til formuleringen ”a primary consideration”, og det var dette som senere ble vedtatt.

- (33) Barnekonvensjonen, som ble vedtatt på FNs generalforsamling 20. november 1989, ble ratifisert av Norge 8. januar 1991. Den ble inkorporert i menneskerettsloven ved lov 1. august 2003 nr. 86 med virkning fra 1. oktober 2003. Ved dette ble konvensjonens bestemmelser ved motstrid gitt forrang foran bestemmelser i annen lovgivning, jf. menneskerettsloven §§ 2 og 3. På utlendingslovens område hadde konvensjonen imidlertid umiddelbar rettslig virkning fra ratifiseringen, gjennom lovens § 4, som bestemmer at loven skal anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke utlendingens stilling.
- (34) Barnekonvensjonen artikkel 3 er ikke endret siden vedtakelsen. Spørsmålet er altså om den, som følge av uttalelser i General comment nr. 6 fra FNs barnekomité, skal fortolkes annerledes på det området vi her står overfor, i den forstand at barnets beste skal være det eneste og avgjørende hensyn. Innvandringspolitiske hensyn, herunder et ønske om å unngå at barn sendes alene som såkalte ”ankerbarn”, skal således ikke kunne vektlegges. Den nye utlendingsloven av 15. mai 2008, som ennå ikke er trådt i kraft, bygger på at det skal foretas en totalvurdering også i slike saker, men slik at det at utlendingen er enslig mindreårig uten forsvarlig omsorg ved retur, skal vektlegges særskilt, jf. lovens 38 annet ledd bokstav a.
- (35) Før jeg ser nærmere på om den aktuelle komitéuttalelsen faktisk må forstås på denne måten, finner jeg det hensiktsmessig å redegjøre for håndhevingsystemet etter barnekonvensjonen. Komitéen er opprettet med hjemmel i konvensjonen artikkel 43 og har som oppgave å vurdere de fremskritt partene har gjort i retning av å virkeliggjøre de forpliktelser de har påtatt seg i konvensjonen. Den skal bestå av ti, senere utvidet til 18, sakkyndige med høy moralsk anseelse og kompetanse på det området som omfattes av konvensjonen. Komitéen fastsetter sine egne prosedyreregler, jf. artikkel 43 nr. 8.
- (36) Etter artikkel 44 forplikter partene seg til å sende inn rapporter hvert femte år om de tiltak de har iverksatt for å virkeliggjøre rettighetene etter konvensjonen. Rapportene skal også angi eventuelle forhold og vanskeligheter som innvirker på oppfyllelsen av forpliktelsene.
- (37) Artikkel 45 bestemmer at komitéen, etter en nærmere angitt behandlingsmåte av rapportene, kan fremsette forslag og generelle anbefalinger – ”general recommendations” – som skal sendes videre til partene og innberettes til Hovedforsamlingen sammen med partenes eventuelle kommentarer.
- (38) Med hjemmel i artikkel 43 nr. 8 har komitéen fastsatt ”Provisional rules of procedure” 25. april 2005. Del XV om ”Reports and information under articles 44 and 45 of the convention” har en Rule 71 med overskriften ”Suggestions and general recommendations on a State party’s report”. Deretter kommer en Rule 72 med overskrift ”Other general recommendations”. Her heter det i punkt 1:
- ”The Committee may make other general recommendations based on information received pursuant to articles 44 and 45 of the Convention.”**
- (39) ”General comments on the Convention” omtales i Rule 73, der det i punkt 1 heter:
- ”The Committee may prepare general comments based on the articles and provisions of the Convention with a view to promoting its further implementation and assisting States parties in fulfilling their reporting obligations.”**

- (40) Det er altså på det rene at General comments etter Rule 73 er noe annet enn de General recommendations som kan gis med direkte hjemmel i konvensjonens artikkel 44 og 45. De er klarligvis ikke bindende, men ment å være veiledende for statene. Veiledningen kan omfatte alt fra hvordan landrapportene skal utformes, hvordan landene best mulig kan strekke seg for å oppfylle sine forpliktelser, og hvordan konvensjonsbestemmelsene bør forstås.
- (41) Det er videre på det rene at komitéuttalelser generelt ikke er folkerettslig bindende. Dette er partene også enige om. Jeg bemerker at Høyesterett i storkammersaken i Rt. 2008 side 1764 fant det klart at en konvensjonstolking foretatt av FNs menneskerettskomité måtte ha betydelig vekt som rettskilde, jf. punkt 81. Høyesterett viste i den anledning til at komitéens avgjørelser i enkeltsaker kan gi grunnlag for gjenåpning på linje med avgjørelser av internasjonale domstoler. I den saken forelå en komitéavgjørelse i den såkalte Restauratørsaken om manglende begrunnelse av ankenektelser i straffesaker, og Høyesterett kom, etter en konkret vurdering, til at dette også var gjeldende norsk rett.
- (42) Det er ikke etablert noen individklageordning etter barnekonvensjonen. Staten har gjort gjeldende at uttalelsene fra komitéen derfor har mindre vekt. I Ot.prp. nr. 93 (2008–2009) om inkorporering av kvinnekongresskonvensjonen – hvor kvinnekongresskomitéen har kompetanse til å behandle individklager – har departementet på side 32 noen betraktninger om betydningen av ulike typer uttalelser. Det heter her blant annet:

**”Tradisjonelt har det i menneskerettssammenheng vore vanleg å peike på at sjølv om konvensjonsorganane i FN ikkje på same måte som EMD gjer rettsleg bindande vedtak, skal det leggjast stor vekt på fråsegnene deira. Når statane godkjenner at desse organa har kompetanse til å handsame rapportar og klagesaker, må det innebere at fråsegnene deira skal respekterast.**

**I vurderinga av kor stor vekt som skal leggjast på fråsegnene i ei konkret sak, må ein sjå på kva samanheng fråsegna er gitt i, kor klar ho er, og om ho er retta mot Noreg eller mot eit anna land, eller om det er ei generell fråsegn.**

**Når det gjeld dei *generelle tilrådingane* som kvinnekongresskomitéen kjem med, og som gir uttrykk for komitéens syn på korleis føresegnene i konvensjonen skal tolkast, må det truleg leggjast stor vekt på desse i ein reint folkerettsleg samanheng. Kva innverknad dei har i ei konkret norsk sak, vil kunne variere alt etter kor klar fråsegna er, og i kva grad den konkrete saka er identisk med dei situasjonane komitéen truleg har hatt for auge under utarbeidinga. ...”**

- (43) Jeg har merket meg at departementet i Ot.prp. nr. 104 om endringer i barnelova, på side 26 sier følgende om betydningen av barnekomitéens generelle merknader:

**”De generelle kommentarene som FNs barnekomité utgir er verdifulle retningslinjer for tolkingen og anvendelsen av konvensjonen. FNs barnekomité er det ekspertorgan som tolker barnekonvensjonen. Det bør derfor legges relativt stor vekt på disse uttalelsene ved tolking og anvendelse av konvensjonens bestemmelser i praksis.”**

- (44) Man kan etter mitt syn ikke legge mer i dette enn at det formelle grunnlaget for at uttalelsen er avgitt, har en viss betydning for den vekt den skal tillegges. Det avgjørende vil likevel være hvor klart den må anses å gi uttrykk for overvåkingsorganenes forståelse av partenes forpliktelser etter konvensjonene. Særlig må man vurdere om uttalelsen må ses som en tolkingsuttalelse, eller mer som en tilråding om optimal praksis på konvensjonens område. Dernest må man vurdere om uttalelsen passer på det aktuelle faktum og rettsområde. Dette siste er av særlig betydning ved generelle uttalelser som

ikke er knyttet til enkeltsaker eller landrapporter, og som derfor ikke har vært gjenstand for dialog mellom komiteén og den berørte staten.

- (45) Med dette som bakgrunn vil jeg nå se nærmere på den aktuelle uttalelsen. Den er å finne i Generell kommentar nr. 6 (2005) om behandling av enslige barn og enslige barn med følgepersoner utenfor deres opprinnelige hjemland. Den del av uttalelsen som særlig er påberopt, er punkt 86, som lyder slik i norsk oversettelse:
- ”I unntakstilfeller kan det besluttes at barnet skal sendes tilbake til hjemlandet, etter en grundig vurdering av hva som er best for barnet opp mot andre hensyn, dersom de sistnevnte hensyn er basert på rettigheter og går foran hensynet til barnets beste. Dette kan skje i situasjoner der barnet utgjør en alvorlig fare for statens eller samfunnets sikkerhet. Argumenter som ikke er basert på rettigheter, som f. eks. slike som går på generell innvandringskontroll, kan ikke settes foran hensynet til barnets beste.”**
- (46) Det er særlig den siste setningen, der det understrekes at hensynet til generell innvandringskontroll ikke kan gå foran barnets beste, som kan gi inntrykk av at det i disse sakene ikke skal foretas noen avveining.
- (47) Det som sies her, må etter mitt syn ses i sammenheng med kommentarens øvrige uttalelser. Jeg vil derfor gi en oversikt over hvordan den er bygget opp, og referere hovedinnholdet i de uttalelsene som leder frem til punkt 86.
- (48) Innledningen beskriver formålet med kommentaren. Det er å henlede oppmerksomheten på den spesielt utsatte situasjonen disse barna er i, skissere opp utfordringer partene og andre aktører står overfor når det gjelder å sikre at barna får tilgang til og kan nyte godt av sine rettigheter, og gi veiledning til partene om hvordan de skal gi barna beskyttelse, omsorg og korrekt behandling, med basis i hele det rettslige rammeverket konvensjonen utgjør, og med henvisning til ”prinsippene om ikke-diskriminering, barnets beste som et grunnleggende hensyn og barnets rett til fritt å gi uttrykk for sine synspunkter”.
- (49) Kapittel V presiserer at barnets beste skal være et veiledende prinsipp for hvilke tiltak som skal vurderes. Grunnen til at barnet er skilt fra familien skal klarlegges. Med henvisning til konvensjonen artikkel 22 nr. 2, artikkel 9 nr. 3 og artikkel 10 nr. 2, heter det at oppsporing av familiemedlemmer skal settes i gang så snart som mulig.
- (50) I kapittel VI omtales barnas tilgang til å søke asyl etter flyktningekonvensjonen, og tilgjengelige former for komplementær beskyttelse.
- (51) Kapittel VII behandler familiegjenforening, tilbakesending og andre former for varige løsninger. Av den generelle innledningen under bokstav a i punkt 79 fremgår det at det endelige målet for slike barn er å finne en varig løsning som, i den grad det er mulig, hjelper dem ut av situasjonen som enslige og atskilt fra familien. Arbeidet skal settes i gang straks, og ut fra en rettighetsbasert tilnærming skal man begynne med en analyse av muligheten for familiegjenforening.
- (52) Jeg oppfatter dette som førende for de videre tiltak som skal settes i gang. Under bokstav b om familiegjenforening heter det således i punkt 81, med henvisning til konvensjonens artikkel 9 og 12, at utgangspunktet er at et barn skal bringes tilbake til foreldrene, med mindre barnets beste tilsier noe annet.
- (53) Punkt 82 sier så at familiegjenforening i opprinnelseslandet *ikke* er til barnets beste når



det er rimelig grunn til å anta at tilbakeføring vil krenke barnets grunnleggende menneskerettigheter. Forhold som vil gi barnet rett til asyl, eller vedtak fra ansvarlige myndigheter om anvendelsen av non-refoulement-prinsippet, herunder prinsippene i torturkonvensjonen artikkel 3 og SP artikkel 6 og 7, er utvilsomt slik rimelig grunn. Også risiko på lavere nivå, for eksempel at barnet står i fare for å bli rammet av vold, skal tas i betraktning. Denne risikoen skal imidlertid avveies mot andre rettighetsbaserte hensyn, herunder konsekvensene av fortsatt atskillelse fra familien.

- (54) I punkt 83 heter det at dersom familiegjenforening i opprinnelseslandet ikke er mulig, enten på grunn av juridiske hinder for tilbakesending, eller at man har funnet det best for barnet å ikke sende det tilbake, får vertslandet forpliktelser etter artikkel 9 og 10 til eventuelt å behandle søknader om familiegjenforening på eget territorium ”på en positiv, human og rask måte”.
- (55) Bokstav c har overskriften Tilbakesending til barnets opprinnelsesland. Punkt 84 gjentar hovedinnholdet i punkt 82 om forhold som hindrer retur. Deretter heter det at tilbakesending til opprinnelseslandet i prinsippet bare skal skje dersom en slik handling er til barnets beste. En avgjørelse om dette skal blant annet ta hensyn til følgende, og her siterer jeg:
- ”- **den sikkerhetsmessige situasjonen og andre forhold, herunder de sosioøkonomiske forhold, som venter barnet når det kommer tilbake, basert bl.a. på undersøkelser av forholdene gjennomført av sosiale organisasjoner, når dette er hensiktsmessig,**
  - **tilgangen til omsorgsordninger for det aktuelle barnet,**
  - **barnets egne synspunkter, som det har rett til å gi uttrykk for i henhold til artikkel 12, og synspunktene til dem som tar hånd om barnet,**
  - **i hvilken grad barnet er integrert i samfunnet i vertslandet, og hvor lenge det har vært borte fra hjemlandet,**
  - **barnets rett til ’å bevare sin identitet, herunder statsborgerskap, navn og familieforhold’ (artikkel 8),**
  - **’ønskeligheten av kontinuitet i barnets oppdragelse og ... barnets etniske, religiøse, kulturelle og språklige bakgrunn’ (artikkel 20).”**
- (56) Punkt 85 sier at ved fravær av tilgjengelig omsorg fra foreldre eller storfamilie, skal tilbakesending i prinsippet ikke skje uten at det på forhånd er sørget for sikre og konkrete omsorgsordninger for barnet når det kommer tilbake til opprinnelseslandet. Indirekte sies det her at det er tilstrekkelig at barnet vil bli ivaretatt av storfamilien, det er ikke nødvendig at retur skjer til foreldrene.
- (57) Leser man tolkingsuttalelsen i sin helhet, er barnekomitéens grunnleggende og gjennomgående vurdering at det som hovedregel er til beste for enslige mindreårige asylsøkere å returnere til det stedet hvor foreldrene eller storfamilien oppholder seg.
- (58) Ettersom unnlatt retur til foreldrene i utgangspunktet vil kunne være brudd på både barnets og foreldrenes rettigheter etter konvensjonens artikkel 9 til ikke å bli atskilt, barnets rett til å bli hørt etter artikkel 12, til å bevare sin identitet og familieforhold etter artikkel 8 og til å bevare sin etniske, religiøse, kulturelle og språklige bakgrunn etter

artikkel 20, må unntakene være basert på øvrige rettighetsbestemmelser, først og fremst i barnekonvensjonen selv, men også i andre konvensjoner. Barnet skal derfor ikke returneres til et hjem der det vil bli mishandlet eller vanskjøttet, og ikke til et land eller område der dets liv eller sikkerhet er i fare.

- (59) En nærliggende forståelse kan da være at punkt 84 omhandler tilfelle der det foreligger forhold som i utgangspunktet *hindrer* retur til hjemlandet. Ettersom det også her kan foreligge motstående hensyn, må det foretas en konkret avveining, basert på barnets beste. Det kan for eksempel ha en så sterkt tilknytning til hjemlandet at hjemsending likevel vurderes som det rette. Dette er etter mitt syn ikke en helt åpen barnets beste-vurdering, men en avveining av barnets egne ulike menneskerettigheter.
- (60) Punkt 86 omtaler hensynet til andre enn barnet selv. Når slike hensyn unntaksvis skal kunne gå foran barnets beste, må de være ”basert på rettigheter”. Uttrykket er ikke helt klart, men eksemplene som er gitt, hensynet til statens eller samfunnets sikkerhet, kan tilsi at formålet må være å beskytte andre individers legitime interesser. Generelle innvandringspolitiske hensyn anses i denne sammenheng ikke som slike rettighetsbaserte hensyn.
- (61) Uttalelsen kan ikke forstås slik at barnets beste skal vurderes uavhengig av familietilknytning i hjemlandet. Utgangspunktet er at barn skal gjenforenes med sin familie. Utsagnet om at det ikke skal legges vekt på innvandringspolitiske hensyn i slike saker, må først og fremst anses rettet mot situasjoner der barnet har et særlig beskyttelsesbehov, eller gjenforening med familie er uaktuelt eller uforsvarlig.
- (62) Slik jeg forstår det, mener barnekomitéen at innvandringspolitiske hensyn ikke skal kunne gå foran barnets beste i situasjoner der barnet *i utgangspunktet* er i en situasjon som ikke tilsier retur. Det er derimot ikke grunnlag for å forstå anbefalingen slik at innvandringspolitiske hensyn aldri kan tas i betraktning ved vurdering av søknad om oppholdstillatelse fra enslige mindreårige asylsøkere. Spesielt må dette gjelde innvandringspolitiske hensyn som ikke er helt generelle, men som nettopp er basert på et ønske om å beskytte andre barn mot å komme i samme situasjon. Jeg tilføyer at uttalelsen i så fall ville ha svært stor rekkevidde, slik at det måtte forventes at den var klarere utformet og kommunisert til medlemsstatene.
- (63) Jeg bemerker at Norge i sin statsrapport for 2003 omtaler en rekke tiltak spesifikt rettet mot enslige mindreårige asylsøkere. Om oppholdstillatelse sies det imidlertid bare generelt i punkt 145 – som også gjelder barn som kommer til landet i følge med foreldre – at tillatelser ut fra ”sterke menneskelige hensyn” ofte er begrunnet av hensyn til barna. Det er likevel ikke slik at hensynet til barna alltid er avgjørende, eller at det er entydig hva som er til barnets beste. Barnekomitéen, som behandlet rapporten 3. juni 2005, hadde i punkt 41 og 42 bemerkninger til forholdene for enslige barn på asylmottak, og til saksbehandlingstiden for asylsøknadene fra slike barn. Andre forhold ble ikke kommentert.
- (64) Jeg tilføyer at det er opplyst at norske utlendingsmyndigheter etter fast praksis ikke returnerer barn til hjemlandet med mindre det skjer som ledd i familiegjenforening eller ellers finnes å være til barnets beste.
- (65) Det er også av interesse at Sverige i sin rapport avgitt i 2007, på bakgrunn av tidligere

merknader fra komitéen, særskilt redegjør for vektleggingen av barnets beste i asylsaker. I punkt 71 redegjøres det for den dagjeldende svenske utlendingsloven § 10 om at det i slike saker skal tas særlig hensyn til barnets beste. Videre heter det:

**” Beaktandet av barnets bästa kan dock inte ges så långtgående innebörd att enbart egenskapen av att vara barn utgör ett kriterium för att uppehållstillstånd ska beviljas. Inte heller kan bestämmelsen ges en sådan långtgående tolkning att uppehållstillstånd ska beviljas barn enbart för att de får bättre utbildnings-, rehabiliterings- och vårdmöjligheter i Sverige än i hemlandet. En sådan tolkning skulle strida mot de av riksdagen fastställda målen för migrationspolitiken. Att ställa upp en generell regel för hur allvarlig t.ex. en sjukdom måste vara för att tillstånd skall beviljas är inte heller möjligt. Varje barn måste och har rätt att bedömas individuellt.”**

- (66) Komitéens merknader, som er avgitt 12. juni 2009, gir i punkt 27 og 28 uttrykk for bekymring for at barnets beste fortsatt, selv etter at ny utlendingslov er vedtatt, ikke blir tatt tilstrekkelig hensyn til i asylprosessen. Komitéens anbefaling er at Sverige bør ta ”appropriate and effective measures to ensure that the principle of the best interests of the child form the basis and guide the process and all decisions, especially in asylum cases involving children...”.
- (67) Heller ikke her er det gitt uttrykk for en særlig tolkingsstandard for så vidt gjelder enslige mindreårige asylsøkere. Jeg konkluderer dermed med at også disse sakene skal avgjøres i samsvar med barnekonvensjonen artikkel 3, noe som innebærer at hensynet til barnets beste skal være et sentralt moment i vurderingen. Denne rettsoppfatningen har UNE lagt til grunn, og jeg er dermed enig med lagmannsretten i at omgjøringsvedtaket ikke er ugyldig på dette grunnlag.
- (68) Jeg må derfor vurdere Ashoks anførsler om at omgjøringsvedtaket, eventuelt sett i sammenheng med de tidligere vedtakene, er ugyldig fordi det er mangelfullt begrunnet, og fordi det er svikt i det faktiske grunnlaget.
- (69) Det er omgjøringsvedtaket av 24. mai 2006 som skal prøves. Vedtaket viser innledningsvis til tidligere sakshistorikk, rettsregler og begrunnelse. Det er gjort gjeldende at det er mangler i begrunnelsen både for dette vedtaket, og for det forutgående avslaget av 30. august 2005. Særlig er det vist til at de påberopte nye opplysninger om Ashoks omsorgssituasjon i hjemlandet, at moren ikke var å finne, at mormoren ikke følte seg i stand til å ta seg av ham, og at morfaren hadde alkoholproblemer, ikke er uttrykkelig vurdert i 2005-vedtaket.
- (70) Innledningsvis nevner jeg at beslutningen 30. august 2005 er på 17 sider, hvorav nemndas merknader utgjør syv sider. Store deler av begrunnelsen er gjengitt i lagmannsrettens dom, og jeg viser derfor til den. De påberopte omstendighetene er referert innledningsvis i beslutningen, og nemnda har kommentert sitt syn på hver enkelt av dem. Om opplysningene om morens forsvinning uttalte nemnda, ut fra sakens forhistorie og de opplysninger som er kommet frem under nemndsbehandlingen, at den ikke festet lit til dem. Nemnda ga en utførlig begrunnelse for dette, og la til grunn at det var kontakt mellom moren og familien, og at hun holdt seg skjult i hjemlandet for å øke Ashoks muligheter for å få opphold i Norge.
- (71) Nemndas flertall mente, uten å konkludere bestemt, at mye talte for at det var til Ashoks beste å gjenforenes med sin mor og søsken i hjemlandet til tross for tre års oppholdstid i Norge. Flertallet la til grunn at moren var en egnet omsorgsperson, og at mormoren i

hennes fravær – eventuelt midlertidig – også kunne være det. Selv om hun var sliten en gang iblant, var hun frisk. Ashoks tilknytning til Norge gjennom tre år ble vurdert, men nemnda viste til at han også snakker tamilsk, og at han fortsatt hadde en sterk tilknytning til hjemlandet.

- (72) I anmodningen om omgjøring av 21. mars 2006 ble det særlig anført at mormoren ikke var villig til å ta omsorgen for Ashok, at morfarens samtykke ikke var bindende for henne, og at morfaren har alkoholproblemer. Det ble videre vist til at Ashok ved en anledning hadde rømt for å slippe hjemsending, og det ble fremlagt uttalelser fra Flyktningekontoret ved barne- og familieetaten i Oslo kommune og fra foreldregruppen på Fjellhamar skole der Ashok var elev. Nemnda fastholdt i beslutningen 24. mai 2006 at familien ville kunne ta imot ham, at moren ikke var fullstendig forsvunnet, og at det fortsatt ville være best for Ashok å bli gjenforent med sin familie. Oppholdet i Norge, som nå hadde vart i tre år og åtte måneder, hadde gitt ham sterkere tilknytning til landet. Dette kunne likevel ikke gis avgjørende vekt, så lenge man i to år hadde arbeidet aktivt med å tilrettelegge en skånsom og forutsigbar retur til hjemlandet.
- (73) Jeg kan ikke se at det er mangler ved nemndas begrunnelser, eller feil i det faktiske grunnlag av betydning for vedtakets gyldighet. Jeg nevner særlig at når nemnda har lagt til grunn at Ashoks formål med å komme til Norge var å gå på skole, var dette opplysninger han selv hadde gitt i asylintervjuet.
- (74) Ashok gjør videre gjeldende at domstolene må overprøve hva som var til hans beste. Ut fra den tolking av barnekonvensjonen artikkel 3 jeg tidligere har lagt til grunn, skulle spørsmålet om oppholdstillatelse på humanitært grunnlag avgjøres etter utlendingsloven § 8 annet ledd. Bestemmelsen lyder slik:

**”Når sterke menneskelige hensyn taler for det, eller når utlendingen har særlig tilknytning til riket, kan arbeidstillatelse eller oppholdstillatelse gis selv om vilkårene ikke er oppfylt. Kongen kan fastsette nærmere regler ved forskrift.”**

- (75) I Rt. 2008 side 681 er det lagt til grunn at domstolene ikke kan overprøve vedtak om opphold på humanitært grunnlag utover det som følger av reglene om myndighetsmisbruk, og at det heller ikke kan prøves om utlendingen har en ”særlig tilknytning til riket” eller om ”sterke menneskelige hensyn” tilsier opphold, jf. punkt 46. Det samme er lagt til grunn i Høyesteretts dom 25. juni 2009 i sak HR-2009-1330-A, jf. avsnitt 43.
- (76) Spørsmålet er om det at hensynet til barnets beste har en særlig forankring i barnekonvensjonen, jf. også utlendingsloven § 4, gjør at dette hensynet likevel må være gjenstand for utvidet domstolsprøving. I Utlendingsloven, 2008 side 44 sier Einarsen, med henvisning til Rt. 2008 side 681, følgende om dette:
- ”Det fremgår likevel av sammenhengen med utlendl. § 4 at domstolene i tillegg kan – og etter omstendighetene plikter å – kontrollere at forvaltningens skjønnsutøvelse er forenlig med Norges folkerettslige forpliktelser, jf. note 1 til § 4. Et spørsmål i denne forbindelse er om domstolene alltid kan prøve saksbehandlingen, bevisbedømmelsen og rettsanvendelsen hva angår den del av skjønnsvurderingen i saken som gjelder det obligatoriske hensynet til barnets beste, jf. barnekonvensjonen artikkel 3, når saken berører et mindreårig barn. Mye taler for at domstolene bl.a. må kunne prøve forvaltningens forståelse av hva begrepet ’barnets beste’ betyr i denne sammenheng, og at domstolene i tillegg kan – og ex officio skal – føre kontroll med at hensynet til barnets beste uttrykkelig er blitt vurdert og forsvarlig veid opp mot de motstående hensyn i**

saken.”

- (77) Jeg er enig i at dette kan være et hensiktsmessig utgangspunkt. Domstolenes oppgave blir dermed å kontrollere forvaltningens generelle forståelse av begrepet ”barnets beste” på det aktuelle saksområdet, og at hensynet er forsvarlig vurdert og avveid mot eventuelle motstående hensyn. Den konkrete vurderingen av barnets beste, og den konkrete interesseavveiningen, hører derimot under forvaltningens frie skjønn.
- (78) Når det gjelder nemndas generelle forståelse av barnets beste, sa en enstemmig nemnd i 2005-vedtaket at barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 pålegger nemnda å vektlegge hensynet til barnets beste. At barnets interesser skal være et grunnleggende hensyn, utelukker imidlertid ikke at innvandringspolitiske og andre hensyn kan være relevante og også avgjørende i en sak. Nemnda sier så:
- ”Nemnda bemerker at det ved behandlingen av asylsaker kan være usikkert hva barnets beste er. Noen kan mene at det beste for et barn fra utviklingsland/fattige land er å vokse opp i et land som kan tilby høyere materiell levestandard og et bedre helse- og skolevesen, slik som Norge. En slik forståelse av ’barnets beste’ blir etter nemndas oppfatning alt for omfattende, da det åpner for at alle asylsøkende barn og barnefamilier vil ha gode grunner til å få bli i Norge. Videre er en slik oppfatning altfor sneversynt, da den underkjenner åpenbare verdier ved hjemlandet, som det å vokse opp og leve et sted hvor man har sine røtter, og hvor familie- og andre sosiale nettverk, samt tilhørigheten til både kultur, religion og språk, er sterkere. Nemnda viser til at en slik forståelse aldri har vært lagt til grunn i norsk praksis eller i internasjonale fora.”**
- (79) Nemnda sier deretter at utgangspunktet er at det er til barnets beste å leve sammen med sine foreldre og nære familie, såfremt det ikke foreligger konkrete opplysninger om at foreldrene ikke er egnede omsorgspersoner.
- (80) Om de motstående hensyn la en samlet nemnd til grunn at innvandringspolitiske hensyn sterkt tilsa at det ikke ble gitt oppholdstillatelse. Den viste til at Ashok hadde omsorgspersoner i hjemlandet, at han var sendt til Norge uten å ha et beskyttelsesbehov, og at han i hovedsak var sendt hit for å gå på skole. Etter nemndas mening sto man overfor en typisk ankerbarnsak der både innvandringspolitiske hensyn og konsekvenshensyn – det at foreldre kan bruke sine barn bevisst for å oppnå oppholdstillatelse – sterkt talte mot oppholdstillatelse i en sake som denne. Det angrepne vedtaket fra 2006 tok de samme utgangspunkter.
- (81) Jeg kan ikke se at nemnda med dette har bygget på en gal forståelse av barnets beste eller at det ikke er foretatt en forsvarlig vurdering og avveining mot de motstående hensyn. Den konkrete avveiningen kan Høyesterett ikke prøve.
- (82) Anken må etter dette forkastes. Det er ikke krevd sakskostnader for Høyesterett.
- (83) Jeg stemmer for denne

D O M :

Anken forkastes.

- (84) Dommer **Bårdsen**: Under en viss tvil er jeg – i likhet med førstvoterende – kommet til at anken ikke fører frem. Jeg har imidlertid en annen tilnærming til noen av de rettslige spørsmålene i saken.
- (85) Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 slår fast at det som best tjener barnets interesser – gjerne oversatt til ”barnets beste” – skal være et grunnleggende hensyn. Formuleringen er helt generell, og i den forstand også vag. Slik må det være, ettersom bestemmelsen tar sikte på enhver beslutningssituasjon som direkte eller indirekte involverer en mindreårig. Hovedpoenget – slik jeg ser dette – er at når ”the best interests of the child shall be a primary consideration”, har man for det første plikt til – som en prioritert oppgave – å avklare *hva* som er barnets interesser og *hvordan* disse best ivaretas. For det andre må man sørge for at resultatet bringes sentralt inn i selve *beslutningsgrunnlaget*. For det tredje skal hensynet til det som best tjener barnets interesser *tillegges stor vekt* ved en eventuell avveining mot andre interesser.
- (86) Selv om konvensjonsteksten tar utgangspunkt i en åpen og konkret vurdering, tilsier hensynet til et effektivt rettighetsvern at det også utvikles generelle systemer blant annet for å kartlegge barnets interesser, som sikrer beslutningsprosesser med rom for at disse kommer med i avgjørelsesgrunnlaget, og at man på ulike måter – og for ulike situasjoner – konkretiserer hva det innebærer at hensynet til ”the best interests of the child” skal tillegges stor vekt. Innenfor rammene av en lojal konvensjonsfortolkning kan dette skje i regi av de enkelte konvensjonsstater, andre internasjonale organisasjoner, eller barnekomitéen. Komitéens *General Comment No. 6 (2005)* må leses i dette lys, som en anvisning på hvordan komitéen ser for seg anvendelsen av konvensjonens generelle regler i en situasjon som i særlig grad aktualiserer behovet for beskyttelse; barnet er alene i et fremmed land. Jeg finner her grunn til å gjengi kommentarens innledning, punktene 2 til 4:

**”2. The issuing of this general comment is motivated by the Committee’s observation of an increasing number of children in such situations. There are varied and numerous reasons for a child being unaccompanied or separated, including: persecution of the child or the parents; international conflict and civil war; trafficking in various contexts and forms, including sale by parents; and the search for better economic opportunities.**

**3. The issuing of the general comment is further motivated by the Committee’s identification of a number of protection gaps in the treatment of such children, including the following: unaccompanied and separated children face greater risks of, inter alia, sexual exploitation and abuse, military recruitment, child labour (including for their foster families) and detention. They are often discriminated against and denied access to food, shelter, housing, health services and education. Unaccompanied and separated girls are at particular risk of gender-based violence, including domestic violence. In some situations, such children have no access to proper and appropriate identification, registration, age assessment, documentation, family tracing, guardianship systems or legal advice. In many countries, unaccompanied and separated children are routinely denied entry to or detained by border or immigration officials. In other cases they are admitted but are denied access to asylum procedures or their asylum claims are not handled in an age and gender-sensitive manner. Some countries prohibit separated children who are recognized as refugees from applying for family reunification; others permit reunification but impose conditions so restrictive as to make it virtually impossible to achieve. Many such children are granted only temporary status, which ends when they turn 18, and there are few effective return programmes.**

**4. Concerns such as these have led the Committee to frequently raise issues related to unaccompanied and separated children in its concluding observations. This general comment will compile and consolidate standards developed, inter alia, through the**

**Committee’s monitoring efforts and shall thereby provide clear guidance to States on the obligations deriving from the Convention with regard to this particular vulnerable group of children. In applying these standards, States parties must be cognizant of their evolutionary character and therefore recognize that their obligations may develop beyond the standards articulated herein. These standards shall in no way impair further-reaching rights and benefits offered to unaccompanied and separated children under regional human rights instruments or national systems, international and regional refugee law or international humanitarian law.”**

(87) Jeg fester meg særlig ved at den uttalte intensjonen med tolkningsuttalelsen er å samle og konsolidere de standarder som er utviklet blant annet gjennom komitéens overvåkningsvirksomhet, for å gi konvensjonsstatene en klar veiledning om hvilke forpliktelser konvensjonen pålegger dem overfor den særlig utsatte gruppen barn det her er tale om, og som også er nærmere beskrevet i det jeg har gjengitt fra avsnitt 3 i uttalelsen.

(88) Det synes å være en alminnelig oppfatning i den folkerettslige litteraturen at slike tolkningsuttalelser fra ulike håndhevingsorganer under FN-konvensjonene må tillegges betydelig vekt. For så vidt gjelder barnekomitéens tolkningsuttalelser spesielt, viser jeg til Verheyde og Goedertier, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Articles 43-45*, The UN Committee on the Rights of the Child (2006) side 40:

**”General comments contain the view of the Committee – being the most authoritative body monitoring the Convention – as a whole and are addressed to all States Parties. They hence constitute an authoritative interpretation of the rights enshrined in the Convention. The interpretations made by the Committee, although technically not binding, should therefore be given considerable weight in the identification of the scope of the rights and obligations enshrined in the CRC.”**

(89) Det som her sies, har også etter mitt syn gode grunner for seg. En rekke av barnekonvensjonens kjerne rettigheter – herunder artikkel 3 nr. 1 – utgjør nokså vage eller generelt uttrykte normer. For å sikre felles standarder, og bidra til at rettighetene rent praktisk lar seg gjennomføre – og faktisk også blir gjennomført – på nasjonalt nivå, er det behov for felles tolkningsreferanser. Forarbeidene til konvensjonen gir begrenset veiledning, og kan etter etablert folkerettsdoktrine uansett bare tillegges helt begrenset vekt ved tolkningen, jf. Wienkonvensjonen om traktatretten artikkel 32. Rettighetene og konvensjonen har dessuten dynamiske elementer som må ivaretas i et samvirke mellom blant annet barnekomitéen og de nasjonale myndigheter, herunder de nasjonale domstolene. Komitéens behandling av statsrapportene er barnekonvensjonens hovedpilar i så måte, jf. artikkel 44. Men tolkningsuttalelsene fra komitéen utgjør etter mitt syn et viktig supplement: De bygger på komitéens samlede erfaring og innsikt – herunder fra behandlingen av statsrapporter – og rettes til alle konvensjonsstatene. Uttalelsene kommer etter det jeg forstår, normalt i stand på grunnlag av samarbeid med andre organisasjoner, og er basert på brede høringsprosesser. De uttrykker derfor en forankret og gjennomarbeidet konvensjonstolkning, som er bygget på en helhetlig forståelse av reglene i lys av konvensjonens og de enkelte rettighetens gjenstand og formål. Det må forventes at det som sies om konvensjonstolkningen i disse uttalelsene, normalt også legges til grunn av blant andre barnekomitéen selv og av andre FN-organer, herunder FNs barnefond (UNICEF) og FNs høykommissær for flyktninger (UNHCR).

(90) Etter det jeg forstår har man ikke fra norsk side reservert seg mot den konvensjonstolkningen som er kommet til uttrykk i barnekomitéens *General Comment*

*No. 6 (2005)*, eller på annen offisiell måte tatt til motmæle. Jeg går derfor ikke inn på betydningen av slike innsigelser.

- (91) Barnekonvensjonen er omfattet av menneskerettsloven § 2. Det er på det rene at man ved inkorporeringen ikke bare tok sikte på selve konvensjonsteksten. Det er konvensjonen som sådan – slik den fra et folkerettslig ståsted må fortolkes – som gjennom menneskerettsloven er gjort til norsk rett, og ved § 3 også er gitt rang fremfor motstridende norske regler. Etablert folkerettslig tolkningspraksis følger da med, jf. justiskomiteéns merknader til menneskerettsloven i Innst. O. nr. 51 (1998–99) side 6. Her fremhever komitéen spesielt som et overordnet mål at norsk rettspraksis i størst mulig grad samsvarer med den ”til ei kvar tid gjeldande internasjonale tolkningspraksis”.
- (92) Jeg finner det ikke tvilsomt at dette også omfatter generelle tolkningsuttalelser fra ulike håndhevingsorganer under FN, herunder slike uttalelser fra barnekomitéen. Jeg viser til Ot.prp. nr. 104 (2008–2009) side 26 hvor departementet i forbindelse med endringer i barnelova, fremhever at barnekomitéen ”er det ekspertorgan som tolker barnekonvensjonen”, og at det derfor bør legges ”relativt stor vekt på disse uttalelsene ved tolkning og anvendelse av konvensjonens bestemmelser i praksis”. Og i NOU 2008: 15 Barn og straff, heter det om barnekomitééns tolkningsuttalelser:
- ”Disse kommentarene har betydelig vekt i den folkerettslige forståelsen av konvensjonen. Ettersom norske domstoler må tolke de inkorporerte konvensjonsbestemmelsene med utgangspunkt i folkerettslig juridisk metode, er det utvalgets vurdering at barnekomitééns generelle kommentarer må ha betydelig vekt også i norsk rett. Vekten av de generelle kommentarene vil imidlertid kunne variere noe ut i fra hvor klart disse er utformet. Barnekomitééns generelle anbefalinger om tiltak som bør iverksettes, vil i de fleste tilfeller ikke ha like stor vekt som komitééns uttalelser om hvordan barnekonvensjonen skal forstås.”**
- (93) Jeg minner i denne forbindelse om at barnekomitééns *General Comment No. 6 (2005)* nettopp gjelder tolkningen av en helt sentral konvensjonsregel på et område hvor komitéen ut fra sitt ansvarsområde og sin erfaring har ment at det er et særlig behov for klargjøring. I den grad komitééns tolkningsuttalelser overhode skulle ha interesse, er vi derfor i et kjerneområde.
- (94) Førstvoterende har gitt en detaljert redegjørelse for enkelthetene i tolkningsuttalelsen. Jeg viser til det hun i så måte har sagt og referert. Sentralt for meg er avsnitt 84 som slår fast at retur av enslige mindreårige barn til hjemlandet i prinsippet bare kan skje der dette er den løsningen som best tjener barnets interesser. Jeg fremhever videre avsnitt 86 som sier at retur i strid med barnets interesser helt unntaksvis likevel kan skje der andre rettighetsbaserte interesser – etter en nøye avveining – tilsier dette. Derimot kan ”non-rights-based arguments such as those relating to general migration control”, ikke fortrenge hensynet til barnets interesser.
- (95) Uttalelsene i avsnitt 84 og 86 – slik de står – dekker alle enslige barn, også de som har foreldre i hjemlandet. Slik synes uttalelsene også forstått av FNs høykommissær for flyktninger, jf. *Guidelines on the Formal Determination of the Best Interests of the Child (Provisional Release 2006)* side 13. Også Utlendingsnemnda ser ut til å ha oppfattet uttalelsene slik, jf. internt fagnotat 16. mars 2006 om barnekonvensjons betydning på utlendingsfeltet, med særlig vekt på artikkel 3 – ”hensynet til barnets beste”, side 25 i note 55.



- (96) Fra et praktisk ståsted har denne vide rekkevidden mindre betydning. Som også førstvoterende har vært inne på, bygger konvensjonen – og barnekomitéens tolkningsuttalelse – på familiegjenforening som det prinsipale, og den permanente løsningen som innefor rammen av artikkel 9 anses som den beste for barnet, jf. artikkel 10 og 22 nr. 2. Jeg viser også til avsnitt 81 til 83 og avsnitt 91 i.f. i tolkningsuttalelsen. Det man da står igjen med, er tilfeller hvor familiegjenforening ikke er aktuelt fordi foreldrene er kommet bort eller ikke kan gi den omsorg som artikkel 9 nr. 1 forutsetter, eller hvor utsendelse med tanke på familiegjenforening ville eksponere barnet for en uakseptabel risiko for rettskrenkelser. I disse tilfellene kan innvandringspolitiske hensyn ikke begrunne en retur som ikke også er forenlig med hensynet til hva som best tjener barnets interesser.
- (97) Jeg kan ikke se at uttalelsene er spesielt uklare. Komitéens tolkning gir også uttrykk for en presisering av konvensjonsregelen som etter mitt syn er godt forankret i formålet med konvensjonen som sådan og artikkel 3 nr. 1. Det er for øvrig langt på vei de samme overveielser som ligger bak utlendingsloven 2008 § 38 annet ledd bokstav a, selv om man i forarbeidene til denne bestemmelsen ikke har nevnt barnekomitéens tolkningsuttalelse. Jeg viser i denne forbindelse spesielt til Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) side 160, hvor departementet i tilknytning til spørsmålet om opphold på humanitært grunnlag – og langt på vei i tråd med det som uttrykkes i barnekomitéens uttalelse – fremhever at det ”ville innebære en krenkelse av konvensjonen å legge avgjørende vekt på innvandringsregulerende hensyn dersom dette ikke er forsvarlig ut fra hensynet til barnets beste”. Jeg antar det er erkjennelsen av disse barnas særlige beskyttelsesbehov som også har begrunnet det jeg forstår er en fast praksis hos norske utlendingsmyndigheter om at enslige barn ikke returneres til hjemlandet med mindre dette skjer som ledd i familiegjenforening, eller hvor man har kommet til at retur – også ut fra omsorgssituasjonen i hjemlandet – er den løsningen som best tjener barnet.
- (98) Det omtvistede vedtaket i foreliggende sak er slik sett også illustrerende, ettersom Utlendingsnemnda fant at retur til familien på Sri Lanka var den løsningen som best – og på sikt – tjente Ashoks interesser. Innenfor de rammer som gjelder for Høyesteretts prøving av nemndas vedtak, og som førstvoterende har redegjort nærmere for, har jeg ikke avgjørende innvendinger mot denne vurderingen isolert sett. Når jeg likevel har vært noe i tvil med hensyn til om vedtaket kunne bli stående, skyldes dette en viss uro for at Utlendingsnemndas – etter mitt syn uriktige – forutsetning om at innvandringspolitiske hensyn uansett kunne ha begrunnet utsendelse, også kan ha preget vurderingen av hvilken løsning som best ville tjene Ashoks interesser. Det er imidlertid ikke holdepunkter for at det faktisk har skjedd en slik påvirkning, og ut fra forholdene får det være avgjørende.
- (99) Dommer **Tønder:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Stabel.
- (100) Dommer **Webster:** Likeså.
- (101) Dommer **Gussgard:** Likeså.

(102) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

Anken forkastes.

Riktig utskrift bekrefte: